

DE LA NULIDAD NEGOCIAL A LA NULIDAD SOCIETARIA. REFLEXIONES A LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO NICARAGÜENSE

NEYLIA L. ABBoud CASTILLO
Profesora de Derecho Civil
Universidad Centroamericana

1. Notas introductorias

El presente trabajo nace con la voluntad de ofrecer algunas consideraciones doctrinales sobre el régimen jurídico de los vicios originarios del Contrato de Sociedad y los efectos que ocasionan en el ordenamiento legal, a partir de una deficiente regulación que sobre este tema existe, en mi percepción, en el ordenamiento Positivo Nicaragüense.

De lo que se trata es, entonces, de apuntar algunas ideas, fruto de la evolución de la doctrina de la Nulidad Societaria, y con el referativo del Derecho positivo español, que constituyan herramientas de interpretación, al menos de reflexión, para el operador jurídico nacional.

Todo el interés surge a partir de la lectura de unos pocos artículos del Código de Comercio Nicaragüense del año 1914, concretamente los preceptos 124, 125, 126 y 127¹, en los que, y resumo, se establecen, que se reputan con sanción de nulidad la omisión, en la Escritura Pública de Constitución, de algunos de los requisitos que prescribe el artículo 124. Dicho precepto, 124, tiene igual finalidad que la del correlativo artículo 8 de del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas española (en lo adelante LSA).

¹ Transcribo el articulado de base:

Artículo 124: Las escrituras de sociedades anónimas y de sociedades en comandita por acciones, deberán contener para su validez:

1. Nombre, apellidos y domicilios de los otorgantes,
2. Denominación y domicilio de la sociedad,
3. Objeto de la empresa y las operaciones a que destina su capital,

Quiere decir entonces que para nuestro Derecho Positivo los requisitos a observar en la Escritura de Constitución de Sociedad fungen a la vez como causas tasadas de nulidad, tal y como sanciona el mencionado artículo 125, a diferencia de la regulación contenida en la LSA, en la que se distingue primero, en el artículo 8 requisitos a observar en la Escritura de Constitución, contenido en la Sección 1ra *"De la constitución de la sociedad"*; y, en Sección 4ta, independiente, aunque bajo el mismo Capítulo II *"De la fundación de la sociedad"*, regula en los artículos 34 y 35, *"de la nulidad de la Sociedad"*, con causales distintas, acotadas y mucho más reducidas, aunque en algunas con puntos de contactos, a las comprendidas en el mencionado artículo 8.

4.El modo o forma en que deben elegirse las personas que habrán de ejercer las administración, cual de ellas representará a la sociedad judicial o extrajudicialmente, el tiempo que deben durar en sus funciones y la manera de proveer las vacantes,

5.Modos o forma de elegir el vigilante o vigilantes,

6.Los plazos y formas de convocación de las juntas generales ordinarias y extraordinarias,

7.El capital social,

8.El número, calidad y valor de las acciones expresando si son nominativas o al portador o de ambas clases,

9.Plazo y modo en que debe enterarse el capital suscrito,

10. Ventajas y derechos que se reserven los fundadores,

11. reglas para la formación de los balances, el cálculo y la repartición de los beneficios,

12. Importe del fondo de reservas,

13. Tiempo de inicio y fin de operaciones, su duración no debe pasar de 99 años...,

14. La sumisión al voto de la mayoría de la junta...,

15. La persona o personas que tengan la representación legal de la compañía...

Art.125: La omisión de algunos de los requisitos prescritos en su caso en los artículos anteriores, es causa de nulidad del pacto social, la que se declarará a pedimento de cualquiera de los socios.

Art 126: Lo falta de Escritura pública o de los requisitos que debe contener para su validez, no podrá alegarse como excepción contra un tercero que hubiere contratado con la sociedad.

Responderán solidariamente a los terceros los socios que con ellos hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho.

Art 127: Si la nulidad se declarase estando aún pendiente la sociedad de hecho los socios procederán a la liquidación de las operaciones anteriores, sujetándose a las reglas del cuasi contrato de comunidad.

De las 15 causales de nulidad *numerus clausus* reguladas en el Derecho Nicaragüense, 3 de ellas son comunes, íntegra o parcialmente, con las tasadas en el Español, y a su vez comunes con el Derecho comunitario europeo, pues la LSA española regula la nulidad de la sociedad siguiendo las orientaciones de la primera directiva de sociedades (Directiva 68/151/C.E.E), ellas son: no expresarse en la escritura de constitución la denominación de la sociedad, la cuantía del capital social y el objeto social.

Los efectos de nulidad societaria que dispone nuestro ordenamiento vigente parten, desafortunadamente, de disociar en su tratamiento, el reflejo para las relaciones de la sociedad con terceros, y el de las relaciones internas, sujetando éstas últimas al régimen del cuasicontrato de comunidad; y, para las primeras, un sistema de responsabilidad personal solidaria principal, que no es siquiera el de aplicación del régimen de las Sociedades Colectivas, sino un desenfadado desentendimiento entre los conceptos: la Sociedad como contrato y como institución, pues no ordena que responda el patrimonio de la “sociedad de hecho” y subsidiariamente el personal de los socios, sino que expresamente dispone que, directamente responderán ante terceros los socios que con ellos hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de facto; todo lo cual merece una pausada interpretación doctrinal.

El sistema en que se estructura la nulidad en nuestro ordenamiento suscita agudas interrogantes, tales como:

- ¿Acaso cuando el legislador en el artículo 125 selló con definición de nulidad quiso particularizar esta figura para el negocio jurídico societario, y así distanciarla de los tradicionales cánones, de nulidad y anulabilidad, en el derecho contractual codificado?;o,
- ¿Cuándo definió que la inobservancia de los requisitos del artículo 124 corrían efectos de nulidad protegió los intereses del tráfico y de los terceros, propios del entorno societario, o se apegó a los tradicionales patrones de ineficacia en los contratos de cambio?;
- ¿Cuándo ordena aplicar para las relaciones internas de la sociedad “nula” las reglas de la comunidad de bienes contenidas en los artículos 1692 y ss del Código Civil, Ley 186 de Febrero de 1904”, ponderó el carácter plurilateral del contrato societario, y las especificidades de las aportaciones societarias que de ordinario pugnan con la tradicional regla de presunción, *iuris tantum*, de igualdad de cuotas en la antaño figura de la copropiedad?

Sobre los puntos enunciados queremos compartir algunas consideraciones doctrinales que aunque no siempre unánimes, al menos sí mayoritariamente uniformadas.

2. De la nulidad negocial a la nulidad societaria

En el propio planteamiento del tópico hay una dosis de valor entendido, pues se parte de considerar que se trata de figuras distintas y por ende con regímenes jurídicos particulares.

No parecen existir mayores dificultades, al menos *prima facie*, en concebir la idea de sociedad en dos momentos, o mejor en dos acepciones o roles, la sociedad como contrato plurilateral y la sociedad como instituto, sujeto de derechos, que participa en el tráfico jurídico como persona jurídica distinta de los socios. Definir la nulidad a partir de éste carácter contractual del que goza el acto constitutivo de una sociedad y la también concepción corporativa de ella, anuncia la medular divergencia entre la teoría general de las obligaciones y los contratos - y su régimen previsto -, y el Derecho de Sociedades.

Civilmente entendida tanto nulidad como anulabilidad, o nulidad absoluta y relativa, como también se invoca, son supuestos de ineficacia de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular, como negocios jurídicos bilaterales o actos jurídicos cualificados, cuya declaración tiende a "obtener la restitución de la cosas a la situación y al estado de hecho que tenían antes de la celebración del contrato"², o lo que es igual restituir las prestaciones ejecutadas; además suponen una retroacción en el tiempo³, en que todo acto celebrado, sobre el presupuesto y base del declarado ineficaz, le pesan las consecuencias de nulidad, tal cual es inexistencia, como si nunca hubiere pasado en Derecho, y la no producción de efectos hacia el futuro. Los efectos propios de estas figuras tienen limitaciones "no caben las pretendidas reglas de ineficacia contractual si lo impidiera la naturaleza del supuesto o con tal aplicación se produjera una lesión de aquellos intereses que se pretendan proteger u otros que merecen una relevante protección"⁴. Con sólo determinar cuáles son los intereses preeminentes protegidos en el Derecho societario, que orientan en la man-

2 Díez Picazo: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol I, 4ta ed., Madrid, 1993, pág.426

3 Para el caso de la nulidad pues la anulabilidad no supone esos efectos retroactivos sino para el futuro, los actos celebrados antes de la declaración de anulabilidad existieron, de hecho los actos anulables son convalidables y prescriptibles, a diferencia de la nulidad .

4 José Antonio García - Cruces González: La sociedad nula, Rev de Derecho Mercantil No.218, Madrid, 1995, pág. 1345.

tención de la personalidad jurídica de la sociedad nula, se podrá concluir que los efectos propios de la nulidad societaria distan de los que caracterizan la nulidad negocial.

El peligro que puede conllevar el no reconocer en las sociedades de hecho las relaciones internas fue superado por el modelo alemán "Faktische Gesellschaft", donde se parte de suponer la eficacia de esas relaciones internas por ser la correlación de las externas, de forma que de no reconocer su eficacia puede devenir ineficaz la tutela de terceros⁵.

Habría que coincidir que en temas de Derecho societario no basta tutelar los intereses de las partes contratantes entre sí, cuyo cauce de realización puede reconducirse vía contrato; sino, además, y con prevalencia, se tutelan intereses de terceros ajenos a la sociedad y los socios, y con ello se protege la seguridad en el tráfico jurídico, como valor supra. En este sentido de prelación de intereses existe una tesis convincente: "sobre el valor cualificante y significado propio que tiene la actividad social en orden a configurar el régimen propio de la nulidad societaria"⁶.

Los efectos de nulidad negocial, apuntados, en principio, nada obsta para que puedan aplicarse a los supuestos de concurrencia de vicios en el proceso fundacional de una sociedad cuando la sociedad no hubiere dado comienzo a su actividad social, y además no exista una norma de orden público de carácter imperativo que ordene otra cosa, en este sentido se pronunció una sentencia del Tribunal Supremo Español⁷, más no pueden ser trasladados su aplicación cuando para pagar a los terceros haya que mantener la obligación de desembolsar los dividendos pasivos, se tenga derecho a participar en Junta liquidadora, participar de la cuota de liquidación en la parte que corresponda, y mantener las responsabilidades sociales patrimoniales ante terceros por las obligaciones contraídas, entre otras. A este tenor en la ineficacia societaria se propugna el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad, aún constatada y declarada judicialmente, como se exige, la nulidad negocial, es el fenómeno que ha dado en llamarse la existencia de la "sociedad claudicante" y la aparente antinomia, por fuerza de aplicar las normas del Derecho común al societario, de "sociedad inválida" y "sociedad existente".

5 Sobre este particular existe un análisis medurado en José Antonio García- Cruces: LA Sociedad Nula, pág. 1377.

6 José Antonio García- Cruces, op.cit., pág.1383.

7 STS español de 13 de Junio de 1983.

El tratamiento de la nulidad en sus efectos para con los terceros como en las relaciones internas, debe ser unitario, lo que es igual a afirmar que se trata de un sistema único, armónico y uniforme que dota de eficacia al sistema.

No se trata de readaptar, para aplicar al sistema societario, el régimen general de ineficacia negocial, generalmente contenido en los Códigos civiles, sino de construir un propio sistema de ineficacia societaria con vicios fundacionales propios a los que se anuden unas consecuencias jurídicas que respondan a la naturaleza *sui generis* del Derecho societario.

Las posiciones antes expuestas toman cuerpo en el Derecho positivo español de forma palmaria, y en el Derecho Comunitario Europeo, tal y como puede constatarse del establecimiento de un régimen jurídico particular de nulidad societaria. El Derecho Nicaragüense igualmente ordena normas concretas de nulidad societaria, con menor sistematicidad que en los referentes, y con profundos vacíos interpretativos que quedaron formulados a modo de interrogantes al inicio de este trabajo, y que en un futuro serán apuntes a proponer al legislador nacional ante una modificación, muy esperada, del Código de Comercio vigente.

3. Aplicación al Derecho Interno

En Nicaragua el tema abordado es de importante aplicación práctica porque el consabido doble control cautelar que vienen llamados a ejercer el Notario y el registrador, a fuerza de ser objetivos, afirmamos que es endeble; por lo tanto no padece, este tema, del carácter residual del que está dotado en otros ordenamientos jurídicos, además de constituir también en el campo teórico una reafirmación de la fundamentación a la sistemática de las especialidades, frente al abusado régimen general.

El modelo societario Nicaragüense se inscribe en la evolución de la doctrina de la sociedades nulas en el modelo francés de la "*société de fait*" cuya finalidad es, salvar la actividad social desplegada por la sociedad viciada originariamente, reconociéndose la existencia de la sociedad pese al vicio originario, reconocimiento que alcanza a los terceros y a las relaciones internas; pero, como en el modelo de referencia, se integran como causas de nulidad y sus efectos, defectos de carácter formal en el proceso constitutivo.

Igual que en el modelo francés los socios no pueden invocar la nulidad frente a terceros⁸. En nuestro caso queda pendiente el conflicto que suscita este mode-

8 Ley 66/537, 24 de Julio de 1966, arts.360 a 370

lo, entre acreedores sociales y personales, dado el carácter personal de la responsabilidad que ordena el artículo 125 del CCN.

De no menor interés resulta el criterio de legitimación activa que regula en el propio precepto 125 CCN, en el que se dispone que sólo los socios podrán instar la declaración de nulidad, desentendiéndose de los intereses de terceros, y en general del carácter *erga omnes* de este tipo de acción.

Nada refiere nuestro Derecho sobre la sanación de los vicios de origen, que incluyendo gran cantidad de causas formales, bien sería atinado.

En nuestro caso la declaración de nulidad no abre el proceso de liquidación, como acontece en el ordenamiento español y el Derecho comunitario, acompasados a las más uniformadas posiciones doctrinales, en lo que cabe afirmar que disolución no es el único supuesto de extinción societaria. En nuestro caso, para las relaciones internas, se aplican reglas ajenas al Derecho Societario, como es la liquidación de copropiedad, con las enormes distancias supuestas entre ambas figuras.

No pienso que en nuestro caso pueda aplicarse el sentido que consagra el artículo 264 de la LSA española en razón del cual la sociedad conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, porque el artículo 126 de la legislación nacional parece delegar, en los socios que contrataron, la responsabilidad patrimonial, desentendiéndose de la existencia de un patrimonio social y como quiera que la declaración de nulidad no inicia el proceso liquidatorio, pues en las relaciones internas los efectos son los que ordena el artículo 127-reglas de comunidad-, cabe la pregunta ¿a qué fines se mantiene la personalidad societaria?. Con tal postura el legislador nicaragüense no da respuesta a la situación en que quedará el patrimonio social que realmente existe como valor real, a pesar, y no obstante, la realidad jurídica de nulidad.

Las causales de nulidad tasadas en el precepto legal 124 CCN, deben ser reducidas, en el sentido de excluir los meros defectos formales, y centrarse en los vicios de fondo con efectos para el tráfico y los terceros.

Definitivamente el legislador de la época no visualizó, la trascendencia de dotar al sistema societario de reglas particulares y propias de nulidad, capaces de resolver las situaciones que en este campo se suscitan y que no alcanzan a resolver las tradicionales figuras de ineficacia contractual.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrinal:

- De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- Díez – Picazo, Antonio, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol I, 4ta ed., Madrid, 1993.
- García Cruces González, José Antonio, *La Sociedad Nula*, Revista de Derecho Mercantil No.218, Madrid, 1995.
- Girón Tena, *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.
- Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol I, vigésimo cuarta edición, Madrid, 2002.
- Uría, Menéndez y Olivencia, *Comentarios al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, Madrid, 1995.

Legislativa:

- Código de Comercio de Comercio de Nicaragua, publicado en el periódico oficial "El Decreto el 30 de Abril de 1914.
- Ley de Sociedades Anónimas españolas. Real Decreto legislativo 1.564/1989 de 22 de Diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Sociedades anónimas.
- Ley 66/537, 24 de Julio de 1966, Francia.
- Primera Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 9 de Marzo de 1968.

